

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

Sentencia

PROCESO No.	76001-33-33-001-2013-00149-01
DEMANDANTE:	VICTOR HUGO HERNANDEZ CANTERO Y OTROS
DEMANDADOS:	NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

MAGISTRADO PONENTE: JHON ERICK CHAVES BRAVO

Santiago de Cali (V.) treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Se decide en esta Sentencia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Fiscalía General de la Nación en contra de la Sentencia No. 31 del 16 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Los señores **MILTON CESAR HERNANDEZ CANTERO (afectado directo)**, **ELIZABETH JAQUELINE ARIAS NARVAEZ (compañera permanente del afectado directo)** quienes actúan en nombre propio y en representación de su hija menor **MELANIE HERNANDEZ VALLEJO**, **JOSE JOAQUIN HERNANDEZ LEON (padre del afectado directo)**, **CILIA JUDITH HERNANDEZ CANTERO (hermana del afectado directo)**, **VICTOR HUGO HERNANDEZ CANTERO (hermano del afectado directo)**, instauraron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y la **NACIÓN RAMA JUDICIAL**, solicitando las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare a la Nación-Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación responsables administrativamente por los daños y perjuicios morales y materiales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Milton Cesar Hernández Cantero.

Que se ordene a las entidades demandadas pagar a al demandante por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de \$ 11.000.000 y por lucro cesante la suma de \$ 86.333.333.

Por perjuicios morales 100 SMLMV para cada uno de los demandantes y por daño a la vida en relación solicita que le paguen 1000 SMLMV para cada uno.

Las anteriores pretensiones las fundamentó en los siguientes

HECHOS:

1. Que el 29 de enero de 2008, el señor Milton Cesar Hernández Cantero fue atacado por miembros de la familia Vergara Paredes quienes portaban armas contundentes y cortopunzantes y al verse acorralado y agredido, el demandante presuntamente se vio obligado a usar su arma de fuego propinando un impacto de bala a uno de los agresores de nombre Daniel Gerardo Vergara Paredes, quien fue conducido al hospital y permaneció en estos aproximadamente 31 días y posteriormente falleció.
2. Por lo anterior, el señor Milton Cesar Hernández Cantero, fue capturado y le impusieron medida de aseguramiento de detención preventiva en la Cárcel de Villa Hermosa por el cargo de tentativa de homicidio.
3. Que se realizó audiencia de juicio oral con alegaciones y en este se dio el sentido del fallo de carácter absolutorio, razón por la cual se le otorgó la libertad a Milton Cesar Hernández Cantero.
4. Que el 30 de septiembre de 2010 se celebró la audiencia de lectura del fallo por parte del Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali, en la cual absolvieron al señor Milton Cesar Hernández Cantero, al encontrar configurada la ausencia de responsabilidad del mismo al haber actuado en legítima defensa, dicha providencia fue apelada por la Fiscalía General de la Nación y confirmada el 10 de diciembre de 2010 por el Tribunal Superior de Cali.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

• RAMA JUDICIAL.

La entidad demandada contestó la demanda¹ y se opuso las pretensiones de la misma, ya que al momento de la legalización de la captura del hoy demandante se contaba con los indicios suficientes de estar

¹ Ver folios 227-233 del cuaderno No. 1

comprometido en el delito de homicidio simple.

Que en vigencia de la Ley 906 de 2004 el juez con funciones de control de garantías debe velar para que en el proceso se garanticen y protejan los derechos constitucionales del imputado, del tal suerte que para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva solicitada previamente por la fiscalía, debe verificar que la misma procure el cumplimiento de los fines constitucionales del artículo 250 y cumpla los requisitos del artículo 308 de la citada Ley.

De las pruebas documentales allegadas a la demanda, el Juzgado 26 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, impartió legalidad de la captura, aceptó la imputación realizada por la fiscalía, conforme a los artículos 239, 240 del Código Penal e impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva solicitada, conforme a los artículos 313, artículo 308, numerales 2 y 3 en concordancia con los artículos 310 y 312 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, es decir su actuación tuvo respaldo en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que exhibió la Fiscalía en la audiencia preliminar.

Expuso que la etapa de juicio oral la avocó el Juzgado 13 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad de Cali, que absolvió al señor Milton Cesar Hernández Cantero por encontrar configurada la ausencia de responsabilidad del mismo al haber actuado en legítima defensa, decisión confirmada por Tribunal Superior de Cali; por tanto, no existe nexo de causalidad entre las actuaciones y decisiones de los jueces penales que intervinieron en el proceso y el daño antijurídico reclamado por aquí demandante.

Pone de presente que la Jurisprudencia del Consejo de Estado pregona en este tipo de casos la aplicación de un régimen objetivo siempre que la causa de la libertad sea de las dispuestas en el artículo 414 del Decreto 2700, en los demás casos permite verificar la responsabilidad bajo el régimen subjetivo de la falla en el servicio, lo que implica una carga probatoria para el demandante de acreditar fehacientemente la ilegalidad de la detención, esfuerzo que no se desplegó aquí.

Finalmente Concluyó, que no es posible endilgar responsabilidad a la Rama Judicial, cuando el actuar del Juez de Control de Garantías se enmarcó dentro de la Ley. *Finalmente presentó como excepciones “inexistencia de perjuicios” “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “caducidad de la acción” y la “innominada”.*

- **NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**

Pese a ser notificada², la entidad demandada guardó silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² Ver folio 234 del cuaderno No. 1

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali, abordó el análisis del presente asunto mediante el régimen de responsabilidad objetivo y accedió a las pretensiones de la demanda, por medio de sentencia No. 31 del 16 de febrero de 2016³, tras considerar, que en los eventos en los que se prueba que los supuestos facticos por los cuales se inició el proceso penal no tuvieron lugar, como en el presente asunto, ya que se comprobó que el sindicado disparó contra la humanidad de los agresores en legítima defensa, se debe entender que el hecho no existió y por ende no hubo delito.

Por lo anterior, indica que resulta indiferente que el obrar de la Administración haya sido ajustado o contrario a derecho, pues si las víctimas no se encuentran en el deber jurídico de soportar el daño que les fue irrogado, será intrascendente que el proceso penal hubiese funcionado correctamente, ya que la responsabilidad del Estado deberá declararse y como en el presente asunto del material probatorio obrante en el plenario se constató la ausencia de responsabilidad del demandante.

Por las consideraciones expuestas y como quiera que el demandante no se encontraba en la obligación de soportar el daño antijurídico causado con ocasión a la privación injusta de la libertad de la que fue objeto, el Juez A quo accedió a las pretensiones de la demanda. Respecto de la Rama Judicial declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la entidad demandada Fiscalía General de la Nación⁴, apeló la sentencia, indicando que de conformidad con la Ley 906 de 2004, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen la privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso el Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías, ordenó la medida de aseguramiento en contra del hoy demandante, al igual que la orden de captura, decisiones que conllevaron a la privación de la libertad, razón por la cual, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación. Finalmente, señaló que los hechos del caso demuestran que la Fiscalía cumplió su función y existían motivos fundados para actuar en contra de la libertad del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Parte demandante⁵:** La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

³ Ver folios 366-376 del cuaderno No.1

⁴ Ver Folios 384-395 del cuaderno No.1

⁵ Ver folios 10-39 del cuaderno No. 3

- **Parte demandada- Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial**⁶: Guardaron silencio.
- **Ministerio Público**⁷: No rindió concepto al respecto.

CONSIDERACIONES

Sin observar causales que invaliden lo actuado, se procede a dictar sentencia que en derecho corresponda, con fundamento en lo siguiente:

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

De conformidad con el recurso, le corresponde a la Sala determinar si el presunto daño (privación de la libertad) de la cual fue objeto el señor MILTON CESAR HERNANDEZ CANTERO entre el 31 de enero de 2008 al 8 de septiembre de 2010 fue antijurídico o no y si hay lugar a declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados a los demandantes.

A fin de resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos:

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- **La responsabilidad extracontractual del Estado**

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991⁸ consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. Es decir, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa.

⁶ Ver constancia secretarial visible a folio 40 del cuaderno No.3

⁷ Ver constancia secretarial visible a folio 40 del cuaderno No.3

⁸ "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto⁹.

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

- **La responsabilidad del Estado por privación de la libertad**

En desarrollo del artículo 90 constitucional, el legislador instituyó la responsabilidad del Estado por la actuación o funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales o de sus funcionarios mediante la Ley 270 de 1996, regulación que en su artículo 65 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

La mencionada normatividad estableció que el Estado sería patrimonialmente responsable por razón o con ocasión de la actuación judicial en los siguientes eventos: i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; ii) error jurisdiccional y iii) privación injusta de la libertad¹⁰.

En cuanto a esta última, esto es, la responsabilidad por los daños antijurídicos derivados de la privación injusta de la libertad de las personas, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, consagró que:

“ARTICULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”

Con relación al modelo de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, la Constitución de 1991 no privilegió ningún título de imputación¹¹ en particular, por lo que en aplicación del principio *iura novit curia*, dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, el régimen aplicable y la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que se habrá de adoptar. Como corolario de lo anterior, los títulos de imputación aplicables por el juez deben guardar sintonía con la realidad probatoria que se presenta en el caso

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, rad.: 36.386, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Cfr. Artículo 65. Ley 270 de 1996.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.

concreto, de manera que la solución que se ofrezca atienda realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, así como a los fines y deberes de éste

El Consejo de Estado ha venido aplicando el régimen objetivo de responsabilidad y mediante sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹², la Sección Tercera del Consejo de Estado aclaró que privación de la libertad también era injusta cuando la absolución o preclusión se decretaba por aplicación del *in dubio pro reo* y que se tiene que aplicar el régimen objetivo cuando la absolución o preclusión se diera por alguno de estos cuatro eventos: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta era atípica o en aplicación del *indubio pro reo*. En los demás casos debía aplicarse un régimen subjetivo.

Sin embargo, en julio de 2018¹³, la Corte Constitucional abordó, desde una perspectiva constitucional, el tema de la responsabilidad del Estado por privación de libertad y realizó algunas observaciones a la jurisprudencia que, hasta ese momento, sostenía el Consejo de Estado.

Señaló que, a pesar de la significativa importancia dentro del Estado Social de Derecho, la libertad podía ser restringida por razones de prevención y persecución de delitos, protección a las víctimas, comparecencia de presuntos infractores a la ley, entre otras razones de interés general, circunstancias que en nada afectaban el principio de presunción de inocencia en materia penal. Agregó que la privación preventiva de la libertad resultaba válida a la luz de la Constitución si se respetan los criterios de necesidad y proporcionalidad.

Explicó que la mera privación de la libertad y la posterior absolución o preclusión del proceso penal no eran suficientes para asumir la existencia de un daño antijurídico, pues la restricción de la libertad sí podía resultar válida y, por ende, jurídica en términos de la Constitución. A partir de lo anterior, indicó que, en los casos de privación de la libertad, el análisis del daño antijurídico no puede circunscribirse a la forma de terminación del proceso penal, sino que debe recaer sobre la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida restrictiva de la libertad.

En ese sentido, recordó que el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 fue condicionado¹⁴ y expresó que “*una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos [privación injusta de la libertad], impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad*».

Al hacer alusión a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional estimó que era válido asumir la existencia del daño antijurídico cuando la preclusión o absolución se daba porque el hecho no existió o la conducta era atípica, porque en esos casos era evidente que la restricción de la libertad resultaba irrazonable y desproporcionada. A juicio de la corte, las autoridades que ejercen jurisdicción penal están en condiciones de verificar los presupuestos de la existencia del hecho y la tipicidad de la

¹² Expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹³ Sentencia SU-072 de 2018.

¹⁴ Mediante sentencia C-037 de 1996.

conducta desde la etapa preliminar de la investigación y, de no tener certeza sobre ellos, lo razonable y proporcional era abstenerse de imponer medidas restrictivas de la libertad a una persona.

En cambio, respecto de los eventos en que la absolución o preclusión se da porque el investigado no cometió el delito o por aplicación del principio de *indubio pro reo* o *atipicidad subjetiva*, la corte consideró que no permitían deducir directamente la falta de razonabilidad o desproporción de la medida preventiva de la libertad, en tanto que las autoridades que ejercen jurisdicción penal solo podrían tener certeza de esos supuestos cuando culminara la etapa investigativa o la etapa del juicio. Por lo tanto, en esos casos lo procedente era que el juez administrativo analizara las pruebas y las particularidades del caso para determinar si la medida respetó los presupuestos de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

A la par con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó la jurisprudencia relacionada con la privación injusta de la libertad y mediante sentencia de unificación jurisprudencial del 15 de agosto de 2018¹⁵, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció que la jurisprudencia sostenida con anterioridad¹⁶ se limitaba a verificar de forma llana la existencia del daño (privación de la libertad) y no realizaba el análisis de antijuridicidad de este, lo que implicaba desnaturalizar el artículo 90 de la Constitución.

Con base en esa apreciación, dijo que la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación de la libertad exigía tener certeza de la antijuridicidad de la detención, para lo cual debían consultarse, entre otros criterios, «*los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal*». En el mismo sentido expuso que, en caso de no acreditarse la antijuridicidad, se está en presencia de un daño jurídico y, por consiguiente, no se configura la privación injusta de la libertad como evento de responsabilidad del Estado.

Agregó que el juez administrativo se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso.

En lo que atañe al ámbito de la imputación, la reciente sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado fijó las siguientes reglas: i) el juez administrativo necesariamente debe verificar, incluso de oficio, si la apertura del proceso penal y la posterior privación de la libertad fue ocasionada por una actitud dolosa o gravemente culposa (analizada desde el punto de vista del derecho civil) de la propia víctima del daño; ii) en caso de que el daño no sea atribuible a la propia víctima, debe determinarse qué entidad es la responsable de reparar el daño, y iii) el juez administrativo conserva total autonomía para adscribir el título de imputación que resulte pertinente según las particularidades del caso.

¹⁵ Expediente 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947).

¹⁶ Refiriéndose a la sentencia del 17 de octubre de 2013 (23354).

La Sección Tercera del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sostenían la necesidad de acreditar la antijuridicidad del daño en los casos de privación injusta de la libertad. Respecto del análisis de antijuridicidad, la Corte Constitucional se refirió a criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida privativa de la libertad, mientras que la Sección Tercera del Consejo de Estado habló de parámetros convencionales, constitucionales y legales. Sin embargo, ambos órganos se referían a lo mismo, pues: i) el criterio o parámetro de legalidad tiene que ver con que la medida preventiva de la libertad esté autorizada por ley y sea adoptada con el cumplimiento de los requisitos formales, y ii) los parámetros convencionales y constitucionales exigen que la medida privativa de la libertad haya respetado los aspectos de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, mediante sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019¹⁷, la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado dejó sin efectos la sentencia de unificación jurisprudencial del 15 de agosto de 2018 de la Sección Tercera del Consejo de Estado y dispuso que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia y que el juez natural del caso es autónomo para operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.

En efecto, dijo:

“42.- En definitiva, la Sección Tercera determinó que la señora Ríos tuvo la culpa de ser detenida, pues su conducta preprocesal, (la misma por la que ya había sido declarada inocente penalmente), fue la causa eficiente de la privación de su libertad, y, en consecuencia, del daño cuya indemnización pretendía. 43.- Así las cosas, la Sala encuentra que se configuró el defecto de violación directa de la Constitución por el desconocimiento del artículo 29, razón suficiente para relevarla del estudio del segundo defecto alegado”.

El 06 de agosto de 2020, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con Ponencia del Consejero José Roberto SÁCHICA Méndez dictó providencia de segunda instancia¹⁸ en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 15 de noviembre de 2019. En esta providencia la Corporación señaló que *“el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.”*

En el fallo en comento el Consejo de Estado reiteró que: *“Como se advirtió en precedencia, el daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación¹⁹, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es*

¹⁷ Radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 06 de agosto de 2020. Radicación 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947)

¹⁹ *“El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil”* (Hinestroza, Fernando: “Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa”, citado por HENAO, Juan Carlos: “El daño”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 36)

imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre²⁰”

Entonces, en el actual panorama jurisprudencial el juicio de responsabilidad que se ventila en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por privación de la libertad teniendo en cuenta que no se privilegia ningún régimen, y se debe abordar en principio bajo un régimen de responsabilidad subjetiva del Estado, salvo las excepciones señaladas. Para tal efecto, en forma general será necesario determinar si la medida de privación de la libertad fue desproporcionada, no apropiada, violatoria del procedimiento vigente o arbitraria y desproporcionada, para que haya lugar a declarar responsabilidad patrimonial del Estado. Y además, deberá analizarse si aun cuando el daño exista y sea imputable, éste no resulte antijurídico porque quien lo sufre tiene el deber legal de soportarlo.

Sin Embargo, la Sala continúa adoptando los argumentos expuestos en la sentencia de la Corte Constitucional explicada en líneas anteriores, que se refirió a la necesidad de valorar los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad al momento de imponer la medida privativa de la libertad, cuando de analizar la responsabilidad del Estado se trata.

A partir de lo señalado, se entra despejar el primero de los planteamientos esbozados al comienzo de estas consideraciones, para lo cual corresponde analizar si bajo el régimen subjetivo de responsabilidad por falla probada del servicio, la Fiscalía General de la Nación debe ser condenada o exonerada de responsabilidad por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Milton Cesar Hernández, por el hecho de que a la luz de la Ley 906 de 2000 al ente investigador no le corresponde la tarea de decretar la medida de aseguramiento.

A la luz del régimen subjetivo de responsabilidad bajo el título de imputación por falla probada del servicio, la responsabilidad del Estado se estructura tras la comprobación de los siguientes tres elementos: (i) el daño; (ii) la falla del servicio propiamente dicha; y (iii) un nexo de causalidad entre los dos primeros.

1. CASO CONCRETO.

Ahora bien, en el presente asunto se discute la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Milton Cesar Hernández Cantero por el delito de tentativa de homicidio, posteriormente variado a homicidio simple.

En la providencia recurrida el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues consideró que la detención del Milton Cesar Hernández Cantero reviste el carácter de injusta, pues fue absuelto al encontrar configurada la ausencia de responsabilidad del mismo al haber actuado en legítima defensa. La Fiscalía encausó su recurso asegurando que la medida de aseguramiento en contra del hoy demandante se solicitó con base en una serie de elementos probatorios que comprometían seriamente su

²⁰ HENAO, Juan Carlos: Op. Cit., p. 38.

responsabilidad en el punible endilgado y que fue el Juez de control de garantías quien impuso la medida de aseguramiento.

Conforme a los argumentos planteados en el recurso de apelación por la parte demandada Fiscalía General de la Nación. La Sala verificará si en el *sub lite*, se configuran o no los elementos que establece la Corte constitucional, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados a los demandantes por la privación de la libertad y si la misma fue injusta.

Teniendo en cuenta que el estudio de la configuración del daño ya fue efectuado en primera instancia, el cual consiste en la privación de la libertad de que fue objeto el señor Milton Cesar Hernández Cantero sin que las partes hubiera presentado objeción al respecto en una y otra instancia, el Tribunal da por acreditado este elemento de responsabilidad y continúa con el análisis de la falla del servicio propiamente dicha.

-La falla propiamente dicha

Del material probatorio obrante en el plenario y de lo expuesto en la audiencia de legalización de captura, formulación de la imputación e imposición de la medida de aseguramiento, se tiene acreditado que el señor Milton Cesar Hernández Cantero estuvo involucrado en una riña con unos vecinos que residían en barrio en el que este vivía y producto de este incidente el aquí demandante disparó contra el señor Daniel Gerardo Vergara, quien después de pasar unos días hospitalizado falleció como consecuencia del disparo recibido.

También se acreditó, que el señor Milton Cesar Hernández Cantero, fue capturado minutos después del hecho (flagrancia inferida), que este indicó que disparó contra la humanidad del señor Daniel Gerardo Vergara con su arma, razón por la cual la Policía Nacional lo capturó²¹ y lo puso a disposición de las autoridades pertinentes.

El 30 de enero de 2008, el Juzgado 6º Penal Municipal con funciones de control de garantías, realizó audiencia de legalización de la captura, formulación de la imputación e imposición de la medida de aseguramiento por el delito de homicidio en grado de tentativa, al contar con el acta de incautación del arma, informe de balística, informe y testimonio del agente captor Carlos Taco Suarez y el testimonio de la madre de la víctima Blanca Edilse Paredes de Vergara.

Posteriormente y como consecuencia del deceso de la víctima Daniel Gerardo Vergara, se realizó audiencia de formulación de acusación el 9 de mayo de 2008²² por parte del Juzgado 13 Penal del Circuito con funciones de conocimiento, en la cual el Fiscal 27 Seccional de la ciudad de Cali presentó escrito de acusación y solicitó la variación de la conducta a la de homicidio simple, lo anterior, teniendo en cuenta

²¹ Ver folio 39 del cuaderno principal.

²² Ver folios 44-45 del cuaderno principal

no solo el material probatorio con el que se contaba en la audiencia de medida aseguramiento, sino el acta de levantamiento realizada el 1 de marzo de 2008 por el grupo criminalístico SIJIN y la necropsia No. 2008010176001000486 suscrita por el médico forense Jorge Eduardo Paredes.

El 2 de julio de 2008, el Juzgado Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento, suspendió la audiencia preparatoria por solicitud de las partes, ya que la parte actora tenía la intención de preacordar, razón por la cual fue suspendida y de conformidad con la información contenida en el octavo archivo del DVD que obra a folio 5 del cuaderno 4, la referida audiencia se reanudó el 12 de julio del 2008 y en esta se cumplió con el descubrimiento probatorio.

El 27 de abril de 2009, el Juzgado Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento²³ realizó audiencia de juicio oral²⁴, luego de suspender y reanudar en diversas oportunidades la audiencia de juicio oral, a efectos de culminar el recaudo probatorio, el 8 de septiembre de 2010 el Juez dio sentido del fallo²⁵, el cual fue absolutorio.

Posteriormente, mediante sentencia No. 0152 del 30 de septiembre de 2010²⁶, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Conocimiento de Cali, absolvió al señor Milton Cesar Hernández Cantero por la conducta punible de homicidio simple, argumentando que se encuentran acreditados los requisitos para que se configure la legítima defensa como causal de eximente de responsabilidad, providencia confirmada el 10 de diciembre de 2010²⁷ por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Cali- Sala Penal.

Ahora bien, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio a través de la Ley 906 de 2004²⁸, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, asignado a los jueces penales la competencia de imponer las medidas de aseguramiento con el fin de *lograr la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal*, de ahí que la actuación del ente acusador esté determinada por la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos.

En concordancia con lo anterior, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece que el ente acusador, en los casos pertinentes, solicitará la imposición de la medida de aseguramiento con indicación de *“la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia”*.

A su vez, el artículo 308 *ejusdem* precisa que la medida de aseguramiento procede *“cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos*

²³ Escuchar DVD visible a folio 5 del cuaderno No.4 (archivo final)

²⁴ Folios 97-98 C. principal

²⁵ Ver folios 47-62 del cuaderno principal.

²⁶ Ver folios 64-78 del cuaderno principal

²⁷ Ver folios 79-110 del cuaderno principal

²⁸ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga”.

Para la imposición de la medida de aseguramiento además de la inferencia razonable de autoría o participación en el delito investigado, derivada de la información legalmente obtenida²⁹, los elementos materiales probatorios o de la evidencia física³⁰, se requiere se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, a saber: i) que la medida resulte necesaria para evitar la obstrucción de la justicia; ii) que el implicado imputado constituya un peligro para la sociedad o la víctima o iii) que resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia³¹, requisito que se avizora cumplido.

Así pues, a pesar que el señor Milton Cesar Hernández Cantero fue absuelto por el delito de homicidio simple, al encontrar configurada la legítima defensa, ello no implica que el demandante no se encontraba llamado a soportar la privación de su libertad, pues a la luz de la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, la misma no fue desproporcionada, arbitraria o violatoria de los procedimientos legales, garantizándosele el debido proceso en el trámite de la investigación de la que fue objeto el aquí demandante, como se pasa a explicar:

En la solicitud de imposición de medida de aseguramiento fue puesto a conocimiento del Juez de Control de Garantías, según se extrae del audio de la referida audiencia, el acta de incautación del arma del señor Milton Cesar Hernández Cantero, informe de balística, informe y testimonio del agente captor el señor Carlos Taco Suarez, el cual indicó que al momento de la captura el señor Milton Cesar Hernández Cantero expuso que fue él quien disparó contra el señor Daniel Gerardo Vergara y el testimonio de la madre de la víctima Blanca Edilse Paredes de Vergara.

A partir de lo anterior, era razonable inferir que el señor Milton Cesar Hernández Cantero era el responsable del delito de tentativa de homicidio posteriormente variado a homicidio simple y, en consecuencia, la medida de aseguramiento de detención preventiva proferida contra él se ajustó al derecho penal adjetivo y se revela razonable, estando respaldada en un título legal acorde con el ordenamiento constitucional y las disposiciones convencionales.

²⁹ En cuanto a la información legalmente obtenida, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “comprende los denominados informes de investigador de campo y de investigador de laboratorios, conocidos también como informes policiales e informes periciales y toda fuente de información legalmente obtenida que no tenga cabida en la definición de elemento material probatorio y evidencia física, como las entrevistas realizadas por policía judicial, las exposiciones tomadas por la fiscalía (artículo 347) y las declaraciones juradas rendidas ante los Alcaldes, los Inspectores de Policía o los Notarios Públicos, a instancias de la defensa (artículo 272)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de marzo de 2015, expediente 44.540, M.P. Eugenio Fernández Carlier).

³⁰ En relación con los elementos materiales probatorios o evidencia física, el artículo 275 de la Ley 906 de 2004 prevé que estos corresponden a: i) las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; ii) las armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; iii) el dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; iv) los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; v) los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; vi) los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; vii) los mensajes de datos y viii) los demás elementos materiales similares a los anteriores debidamente descubiertos, recogidos y custodiados.

³¹ Según lo previsto en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, sin las modificaciones introducidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015.

En Sentencia SU-072 de 2018 la Corte Constitucional ha explicado que la mera privación de la libertad y la posterior absolución o preclusión del proceso penal no eran suficientes para asumir la existencia de un daño antijurídico, pues la restricción de la libertad sí podía resultar válida y, por ende, jurídica en términos de la Constitución. A partir de lo anterior, indicó que, en los casos de privación de la libertad, el análisis del daño antijurídico no puede circunscribirse a la forma de terminación del proceso penal, sino que debe recaer sobre la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida restrictiva de la libertad.

Así las cosas, la medida impuesta al señor Milton Hernández Cantero no desbordó los criterios de proporcionalidad inherentes a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que existían indicios de responsabilidad en su contra, máxime cuando él aceptó que fue quien accionó el arma en contra de la víctima y la Policía le incautó el arma.

De acuerdo con la anterior normativa, el delito de homicidio en grado de tentativa se encontraba dentro de los punibles frente a los cuales procedía la medida de aseguramiento, lo que justifica la conducta del ente investigador, adicionalmente, la restricción de la libertad surgió como una alternativa para garantizar no solamente la comparecencia del sindicado y para evitar que se entorpeciera la actividad probatoria.

Además, al escuchar la audiencia de legalización de la captura, formulación de la imputación y medida de aseguramiento, si bien el actor no aceptó los cargos, nunca puso de presente al Juez de garantías que su actuar fue consecuencia de la legítima defensa, ya que este aspecto pudo ser probado únicamente en la etapa de juicio oral en donde el Juez teniendo en cuenta los testimonios que se recepcionaron, realizó un análisis de los mismos y pudo establecer que el señor Milton Cesar Hernández, accionó el arma para defender su vida, aspecto que no podía ser evidenciado en la etapa inicial del proceso.

En tal medida, si bien el señor Milton Cesar Hernández Cantero fue absuelto por el delito de homicidio simple, lo cierto es que dicha decisión no obedeció a la existencia de una irregularidad o arbitrariedad de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, sino que se dio por encontrar en el transcurso del proceso configurado un eximente de responsabilidad.

Ahora bien, la Sala encuentra que independientemente del resultado final de la investigación, que la medida de aseguramiento impuesta al hoy demandante estuvo precedida de una valoración adecuada de los elementos de convicción, de acuerdo con el momento procesal en que se encontraba la actuación penal y con el tipo de delito investigado, que en principio permitía tener certeza, que el procesado fue quien cometió el delito, por lo que, si bien es cierto el Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali (V), decidió absolver al aquí demandante, esta circunstancia no desvirtúa el hecho que en su momento la Fiscalía y el Juez de control de garantías tenían indicios serios y la razonable convicción de la participación del demandante en los hechos investigados.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada por las razones aquí esbozadas.

Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y en concordancia con el inciso 1° del artículo 366 del Código General del Proceso, se condenará en costas en ambas instancias a la parte vencida, fijando como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV, las cuales eran liquidadas de forma concentrada por el Juez de primera instancia.

**En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, Sala Segunda de Decisión,
administrando justicia en nombre de la
de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

F A L L A

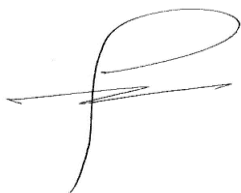
PRIMERO. - REVOCAR la Sentencia No. 31 del 16 de febrero de 2016, proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali (V), por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, y en su lugar **negar** las pretensiones de la demanda

SEGUNDO. CONDENAR a la parte vencida en el proceso al pago de las costas en ambas instancias, las que deberán ser liquidadas de forma concentrada por la Secretaría del Juzgado de origen y **FIJAR** como agencias en derecho el equivalente a 1 SMMLV.

TERCERO. - DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen una vez ejecutoriada la presente Sentencia, previas anotaciones por Secretaría en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, según Acta de la fecha.

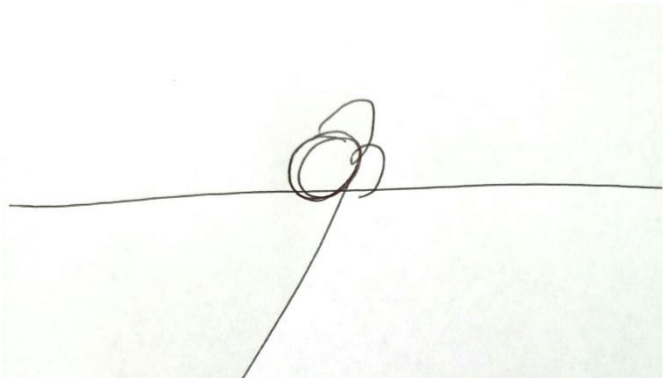
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JHON ERICK CHAVES BRAVO
Magistrado



FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ
Magistrado



RONALD OTTO CEDEÑO BLUME
Magistrado